

*Institutional Foundation
of Public Service*

曹剑光◎著

公共服务^的制度基础

走向公共服务法治化的思考



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

公共服务^的制度基础

走向公共服务法治化的思考

曹剑光◎著



Institutional Foundation of Public Service



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

公共服务的制度基础：走向公共服务法治化的思考/
曹剑光著. —北京：社会科学文献出版社，2010.10
ISBN 978 - 7 - 5097 - 1643 - 4

I. ①公… II. ①曹… III. ①社会服务 - 立法 - 研
究 - 中国 IV. ①D669.3 ②D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 188278 号

公共服务的制度基础

——走向公共服务法治化的思考

著 者 / 曹剑光

出 版 人 / 谢寿光
总 编 辑 / 邹东涛
出 版 者 / 社会科学文献出版社
地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦
邮 政 编 码 / 100029
网 址 / <http://www.ssap.com.cn>
网站支持 / (010) 59367077
责任部门 / 编译中心 (010) 59367139
电子信箱 / bianyibu@ssap.cn
项目负责人 / 曹义恒
责任编辑 / 吴海涛 曹义恒
责任校对 / 黄 芬
责任印制 / 蔡 静 董 然 米 扬

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部
(010) 59367080 59367097
经 销 / 各地书店
读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028
排 版 / 北京步步赢图文制作中心
印 刷 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16
印 张 / 26.25
字 数 / 372 千字
版 次 / 2010 年 10 月第 1 版
印 次 / 2010 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 1643 - 4
定 价 / 59.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社读者服务中心联系更换



版权所有 翻印必究

国家自然科学基金重点项目

“公共服务提供机制与方式” [70633001] 成果



序

近日收到曹剑光的电子邮件，称其博士论文即将正式出版，希望我能为其作序。作为导师，学生的作品能正式出版发行，倍感欣慰。在他的第一本专著问世之际，写个随笔，以示祝贺，以期共勉。

从1999年攻读硕士学位开始到2009年博士毕业，剑光与我有十年师生情谊。他给我的深刻印象是认真、刻苦与谦逊。在攻读博士学位期间，虽然还需兼顾所在单位的工作及处于异地的家庭，但他能处理好工学矛盾，克服各种困难，致力于学习与研究，其学业成绩优异，专业学位课程成绩名列榜首。特别是他在我主讲的公共管理前沿等课程中往往首个发言，结合实践及案例来解读前沿理论，提出自己的见解。他善于独立思考，且笔耕不辍。几年间，他在《中国软科学》、《公共管理学报》、《东南学术》等刊物上发表近十篇论文；主持或参与了多项科研课题的研究工作，并积极参加国家和省级的学术研讨活动，其论文多次获奖。在学期间，他被评为“厦门大学三好学生”，还获得厦门大学“中国银行奖学金”和公共事务学院“师友奖学金”。作为在职博士生能取得如此成绩，实属不易，这些成绩的取得离不开他长期不懈的努力以及对学术持之以恒的追求。

剑光是我所主持的国家自然科学基金重点项目“公共服务提供机制与方式研究”的参与者，我建议他的毕业论文围绕这个项目来选题，并希望他充分发挥原来的法学专业特长，进行“公共服务的制度建构或法制建设”方面的研究。在论文的具体选题方向、整体框架确定、谋篇布局、观点取舍等方面，他都积极主动和我探讨、交流、切磋。由于所选论题在国内缺乏系统研究，涉

及中外公共服务理论与实践的方方面面，其前期资料收集工作量巨大且困难多，所在单位的教学、培训工作又较为繁重，在博士论文撰写的两年期间，他几乎舍弃了全部的休息时间，频繁往返于厦门大学图书馆与福州之间，伴随其来去匆匆的总是两袋沉甸甸的书。博士论文的撰写工作是艰苦而沉闷的，凭着其毅力，他走过了这个剥茧抽丝的艰难历程，论文四易其稿，最终成书。这篇凝聚了他两三年心血的博士论文在专家匿名评审和答辩中均获得好评。他以优秀成绩顺利通过答辩，获得博士学位，如期完成学业。他艰辛的探索获得了圆满回报，对在校的学弟学妹们也起到了表率作用。

近年来，随着党和政府对公共服务与社会发展的高度重视以及公众对公共服务的更高期待，公共服务研究方兴未艾，学术文献迅速增加，日渐成为“显学”。公共服务的法治化及制度化建设是公共服务供给与服务型政府建设的一个重大的理论与实践课题，也是目前国内公共管理研究涉及不多的主题。剑光兼顾法学与公共管理学的研究视角，从制度或法制的层面来研究公共服务，论文的选题合理而且有新意。其一，目前国内尚无全面、系统研究公共服务制度体系的学术成果，该选题从制度层面进行深入研究，有望在现有研究成果的基础上取得新进展；其二，正如美国著名学者戴维·H. 罗森布鲁姆指出，法律是研究公共行政的重要途径之一，且在现代法治社会中，制度的最主要的形式即为法律，目前国内所进行的研究主要基于经济学、政治学等学科视角，以法学为主兼顾公共管理学的视角进行的研究具有一定新意，能够拓展公共服务的研究范围；其三，从学术基础来看，剑光具有相当的法学知识储备，且其从事兼职律师近十年的法律实践活动，这也有助于他收集、驾驭材料以及对论文撰写的总体把握。后来的结果表明，这种考虑是正确的，也实现了预期的目的。

剑光在掌握较丰富文献资料并对文献作出较好综述的基础上，采用规范研究、比较分析、文献研究等方法，从公共服务的法理基础、公共服务的基本制度安排、公共服务运行过程及机制、公共服务的配套法律制度、推进中国公共服务法治化的思考等方面

展开对论题的研究。剑光借鉴西方分析公共服务的法治化及制度化建设的进程、做法和经验教训，并立足于当前我国的现实，思考如何推进我国公共服务的法制化及制度化建设问题。这是一篇从公共管理学科视野对公共服务的法治化建设作出较为系统研究的博士论文。论文立论明确，思路清晰，布局合理。剑光借鉴了埃莉诺·奥斯特罗姆的多层次分析框架，从制度纵向层次角度对公共服务三个层次进行分析，从宏观—中观—微观等不同视域透视公共服务的宪政制度—基本体制—运行机制。论文有不少创新性的观点，例如，文中认为保障基本人权是提供公共服务的逻辑起点，维护公共利益是提供公共服务的基本标准，能否有效提供基本公共服务是判断现有政权是否具备合法性的重要标准；提出我国公共服务法治化道路，应当以建构理性主义为主，以经验理性主义为辅的发展路径；在宪政制度层面应当确认国家对公共服务承担“最终担保给付”责任，对基本公共服务承担“直接给付”责任。该文对于加快公共服务立法，推进我国公共服务法治化和制度化建设进程，具有一定的实际参考价值。

当然，这篇论文主要为理论层面的规范研究，经验材料及实证分析有所不足；论题涉及面较宽，主题的取舍还有深入思考的余地。这些问题需要他在今后进一步加以研究和解决。

作为行政管理专业博士，又有副高职称，毕业时剑光本可以有更多的选择，但考虑到自己的成长离不开所在单位的培养，而同事之间长期形成的融洽关系、良好的合作氛围，也使他不愿意离开原单位，他希望能为福建行政学院的公务员培训、为新成立的福建江夏学院公共管理学科的发展贡献自己的力量。作为导师，我非常理解、支持他的想法。希望今后他能够在本专业领域的研究与教学中持之以恒、再接再厉，不断进取，事业有成。

陈振明

2010年8月28日

于厦门大学成智楼

目 录

第一章 研究设计	001
第一节 立题旨意	002
一 研究目的	002
二 研究意义	003
第二节 文献综述	007
一 国外文献综述	007
二 国内文献综述	010
第三节 相关概念	021
一 多视角理解公共服务	022
二 “公共服务”与“公共行政”	026
第四节 研究思路	030
一 研究内容	030
二 研究方法	033
三 理论框架	034
四 创新及不足	038
第二章 公共服务的法理基础	041
第一节 公共服务的基础理论	041
一 西方：社会契约论	041
二 中国：为人民服务论	049
第二节 公共服务的核心理念	054
一 保障人权：公共服务的逻辑起点及归宿	055
二 维护公共利益：提供公共服务的基本标准	071
三 契约主义：公共服务供给改革的主要法理依据	079

第三节 公共服务的基本原则	092
一 指导原则	093
二 运行原则	113
第三章 公共服务的基本制度安排	130
第一节 公共服务的生产与供给	130
一 国家在公共服务安排中的总责任	130
二 公共服务的供给与生产制度安排	133
第二节 政府间公共服务供给职责分工	144
一 政府间公共服务职责分工的基本原则	145
二 西方国家政府间公共服务职责分工	147
三 我国政府间公共服务职责分工	164
四 我国公共服务职责分工制度的完善	167
第三节 公共服务的组织法律制度	174
一 西方公共服务组织的理论与制度 (以德国为例)	174
二 完善我国公共服务组织法律制度	193
第四章 公共服务的运行过程及机制	204
第一节 公共服务程序法律制度	204
一 对公共服务程序(法)的理解	204
二 西方公共服务程序法的内容	207
三 西方公共服务程序法的启示	219
四 我国公共服务程序立法现状与未来	222
第二节 公共服务运行法律制度	226
一 公共服务竞争法	226
二 公共服务绩效管理法	241
三 规范柔性公共服务行为	256
第五章 公共服务的辅助性制度	263
第一节 公共服务救济法律制度	263

一 公共服务救济法的基本原理	263
二 西方在公共服务救济方面的经验	269
三 我国公共服务救济法的缺陷	280
四 我国公共服务救济法的完善	285
第二节 公共服务伦理法律制度	291
一 对公共服务伦理（法）的理解	292
二 西方公共服务伦理建设法治化进程及内容	294
三 我国公共服务伦理立法现状与改进	305
第六章 推进中国公共服务法治化的思考	314
第一节 从焦点事件看中国公共服务法治化现状	314
一 “拒签”事件折射公共服务核心理念缺失	314
二 “黑名单”事件凸显公共服务制度缺陷	319
第二节 立足国情借鉴西方经验的基本原则	324
一 注意中西方政治制度的差异	325
二 考虑中西方历史文化传统的差异	332
三 认清中西方处于不同社会发展阶段	336
四 重视法律兼容性问题	339
第三节 解决中国公共服务法治化的突出问题	341
一 有效提供公共服务：提高政治合法性的 重要途径	341
二 公共服务法律体系发展路径问题： 经验主义还是建构主义	351
三 “服务型政府建设”与公共服务法治化 之间的关系	353
四 “基本公共服务均等化”的法治化	356
五 规范公共服务民营化	365
六 完善我国公共服务法律体系	378
参考文献	384
后 记	408

第一章

研究设计

近年来，从中央到地方，发展公共服务、建设服务型政府成为热点问题。2002年以来，中央逐步推动公共服务的不断全面、深入发展：2002年的政府工作报告初次提出把政府职能转到经济调节、市场监管、社会管理和公共服务上来；2003年正式提出在社会主义市场经济条件下，政府职能主要是经济调节、市场监管、社会管理和公共服务；2004年提出在科学发展观的指导下，各级政府要更加注重履行社会管理和公共服务职能；2005年明确提出建设服务型政府，创新政府管理方式，寓管理于服务之中，更好地为基层、企业和社会公众服务；2006年提出要高度重视解决涉及群众切身利益的问题，强调公共服务要更大范围地覆盖农村；2007年提出努力建设一个行为规范、公正透明、勤政高效、清正廉洁、人民群众满意的政府，改进政府管理与服务方式，加强社会管理和公共服务，增强基本公共服务能力，着力解决人民群众反映强烈的问题；2008年提出加快行政管理体制改革，加强政府自身建设，强调更加注重社会管理和公共服务，维护社会公正和社会秩序，促进基本公共服务均等化；2009年提出加快地方政府机构改革，推进事业单位改革，推进政府自身建设，提高驾驭经济社会发展全局的能力；2010年提出要努力建设人民满意的服务型政府，全面正确履行政府职能，更加重视公共服务和社会管理，加快健全覆盖全民的公共服务体系，全面增强基本公共服务能力。

这些执政理念与策略的提出和实施，充分表明中央促进政府从管制型政府向服务型政府转型，促进公共服务在各领域、各层

次全面深入发展的决心。在中央的推动下，各地正轰轰烈烈地进行着发展公共服务、建设服务型政府的探索。而这些探索需要完善的制度予以保障，以规范各种公共服务行为，提高公共服务效率，确保公共服务发展方向的正确性。2010年的政府工作报告中首次提出“要让人民生活得更加幸福、更有尊严”的理念，而要在实践中落实这个理念，构建完善的公共服务制度体系是关键所在。其中，法律是最主要的制度形式。“法律，作为理性化的、‘不考虑个别人及个别行为的’抽象规则，取代习俗成为整合社会的新纽带和新工具。越来越多的经济、社会乃至政治和道德问题，都开始求助于法律。^①”但我国目前以法律为主要形式的规范公共服务的制度体系存在诸多缺陷，在学界对公共服务制度基础的研究也非常薄弱，难以对现实中如火如荼的公共服务实践提供有效理论指导。因此，借鉴西方成熟经验，并结合我国正在进行中的公共服务实践对公共服务的制度基础进行研究，具有重要的现实意义。

第一节 立题旨意

研究目的表明了写作的学术动机和价值取向，反映了研究者理论联系实际、学以致用思维向度；而研究意义在一定程度上决定了作品存在的社会价值与学术价值。在此，笔者首先对本书的研究目的与意义作简要论述。

一 研究目的

本书关注公共服务的制度基础，这决定了其研究目的具有强烈的现实性。概括而言，笔者的研究目的是以我国在当今经济转轨、社会转型时期建构较为完善的公共服务的制度基础为研究对象，探讨如何借鉴国外在此方面的成功经验，理性梳理、分析我

^① [德] 马克斯·韦伯：《经济、诸社会领域及权力》，李强译，三联书店，1998，第35页。

国公共服务法律制度现状及其存在的问题，在此基础上提出相应的对策。

具体而言，对于如何从法学角度梳理现实中的纷繁复杂的公共服务制度，笔者试图从三个层次进行论证分析：首先，对于宪政制度层面，从基础理论、核心理念及基本原则几个方面分析对公共服务的发展起到根本性影响作用的原则、理念；其次，在基本制度层面，具体对公共服务的供给生产制度安排、政府间公共服务供给的职责分工，以及公共服务组织法律制度进行论述；再次，在具体运行过程和机制层面，集中对公共服务程序法、竞争法、绩效管理法及柔性公共服务的规范等方面进行分析论证。此外，还对公共服务正常运行起到重要辅助作用的公共服务救济、伦理法律制度进行深入探讨。在上述研究的基础上，提出推进我国公共服务法治化进程的思路：确立立足国情、借鉴西方经验的基本原则，对我国公共服务发展过程中突出的六个问题（具体包括认清有效提供公共服务对提高现有政权政治合法性具有重要意义，公共服务法律体系完善的路径问题，服务型政府建设与公共服务法治化之间的关系问题，“基本公共服务均等化”的法治化问题，公共服务民营化的规范及完善我国公共服务法律体系等问题）提出具体的解决思路，以期最终为我国公共服务法治化的全面、稳定、健康发展勾勒出基本框架与脉络，并指明发展路径。

二 研究意义

本书所涉及的内容为国内理论研究热点“公共服务”的重要分支，但由于目前从法学角度研究公共服务的研究成果很少，因此本书具有较大的开拓性；同时，由于研究的内容与实践密切相关，笔者的研究成果将对实践具有一定的指导意义。本书的研究意义具体体现在以下方面。

（一）公共服务实践需要有效理论的指导

首先，社会矛盾演变凸显我国发展公共服务的迫切性。改革开放 30 多年来我国经济、社会领域均取得了长足的进步，但与此同时，快速的经济增长也带来了社会需求的深刻变化，使改革面

临挑战。目前我国社会从一个基本矛盾（人民日益增长的物质文化生活的需要同落后的社会生产力之间的矛盾）逐步演化为两个日益突出的矛盾：一是经济快速增长同发展不平衡、资源环境约束之间的突出矛盾，二是公共需求的全面快速增长同公共服务不到位、基本公共产品短缺之间的突出矛盾^①。尤其是第二个矛盾日益尖锐，在一定程度发展到了临界点，严重影响社会稳定及社会主义和谐社会的建设。

其次，我国加快发展公共服务具备一定的现实条件。快速、全面推动公共服务的发展很大程度上取决于社会广泛的认知水平和强大的国力保障。我国理论界在 20 世纪末开始对公共服务及服务型政府概念、范围、模式进行探讨、论证，为公共服务的发展提供了一定的理论基础。在实践中，一些地方政府也在一些与民众密切相关的领域探索如何推动公共服务的发展（如各地在《行政许可法》实施前后建立的各种便民的“政府超市”就是典型的例子），这些有益的探索在方便民众、积累经验的同时，也促使各地政府公务人员逐渐树立起公共服务的理念。自中国共产党第十六次全国代表大会明确提出将提供“公共服务”作为政府职能之一以来，党中央多次在重要会议和一系列文件中表明对发展公共服务、建设服务型政府的重视。2007 年 10 月召开的党的十七大提出“注重实现基本公共服务均等化”，表明党中央高度重视公共服务在实践中的进一步发展与完善。经过几年来的理论探索和具体实践，发展公共服务已成为当今社会的共识。

而就国力保障而言，改革开放以来我国经济快速发展，根据国家统计局公布的数据，中国 30 年年均 GDP 增速达 9.8%，2009 年我国全年国内生产总值已达 335353 亿元，位居世界第三；并且可预期的国民经济将继续呈稳健、快速发展态势。多年高速发展的国民经济为我国向民众提供范围日趋广泛、质量日益提高的公共服务提供了雄厚的财力保障。

① 中国（海南）改革发展研究院编《聚焦中国公共服务体制》，中国经济出版社，2006，第 10 页。

再次，公共服务实践需要有效理论的指导。理论来源于实践，但又对实践有指导作用，科学的理论能引导实践朝着正确的方向快速发展；而缺乏正确理论指导的实践很容易迷失方向，陷入盲动的泥沼，甚至倒退。公共需求的全面快速增长与公共服务不到位成为我国目前的主要矛盾之一，探索如何有效提供公共服务的实践在各地轰轰烈烈地开展着，但是我国目前关于公共服务的理论研究总体上比较薄弱，难以对日趋活跃的公共服务实践活动提供有效的理论指导。尤其是当前我国提供公共服务仍以各级政府为主体（某些时候甚至是唯一主体），由于科层组织的缺陷等原因，缺乏正确理论指导下的公共服务容易陷入形式主义泥沼，或出现把提供公共服务作为扩大部门职权的手段等“异化”公共服务的状况。因此，加快开展公共服务理论的研究对解决我国目前面临的现实问题，促进公共服务实践朝着正确方向健康、快速发展具有重要的意义。

（二）法学视角研究的理论与实践价值

一方面，现代社会问题日益复杂，任何一个社会问题都涉及各种学科。为此，在相应的学术发展方面，20世纪70年代以来，西方社会科学在经历了长期的分化、初步融合之后，开始大踏步向整体化迈进，跨学科、交叉综合研究成为社会科学研究的主要趋向^①。另一方面，公共服务属于典型的跨学科的问题，目前国内从经济学（主要从公共物品、公共需求等角度）、政治学（主要从民主参与、公民权等角度）、行政学（主要从政府职能转变、行政体制改革等角度）对其进行的研究相对较多，但从法学角度对其进行的研究很少，即使有对此进行的研究，也呈现一种零散、不成体系的状态，而实际上无论从理论还是实践上看公共服务与法学都关系密切。

此外，我国现行的是市场经济，市场经济本质上是法治经济，社会发展的客观需求、当今人民生活的实际要求以及公共服务在实践中的相关成果均需要采用法律的形式予以规范、确定；同时，

^① 陈振明：《公共管理前沿》，福建人民出版社，2002，第32页。

正如西方著名法学家庞德、波斯纳等人指出的，法律是从事“社会控制”的工具，是进行激励、预测的手段及促进经济效率、社会福利的途径，“法的基本价值在于体现和维护秩序、公平和自由”^①。因此，从法学的角度研究公共服务对我国公共服务的实践具有重要意义。

（三）借鉴西方经验是一条切实可行的路径

首先，公共服务的发展最早源于西方，西方成熟的公共服务理论的发展是包括公共管理学、经济学、法学等多学科的众多学者的智慧的结晶。其中，在法治意识浓厚的近现代西方的大量法学家从法学角度对公共服务所进行的论证是西方公共服务理论的一个极为重要的渊源，研究这些西方法学家的闪烁着智慧光芒的理论对我国公共服务理论与实践的发展具有重要的启发意义。而对此的研究恰恰是目前国内以公共服务为主题的汗牛充栋的著作中所缺乏的。

其次，西方公共服务实践开展比较早，经过多年的发展，西方公共服务已形成较为完善的关于公共服务职责分工、组织制度、运行过程和程序、公共服务伦理、法律救济等一系列的法律制度，这些制度经过多年的运行、改进而日趋完善。我国公共服务无论在理论还是在实践上均处于不成熟的初级摸索阶段，迫切需要参考西方成熟的经验，以在公共服务的发展过程中尽量避免走弯路。

再次，我国与西方国家在发展公共服务方面具有共同性的同时，也还存在着较大的差异性：一方面我国与西方国家同样是建立在市场经济基础上的现代国家，同样受全球化等因素的影响，西方公共服务的一些法理理念及其具体的许多技术性的、反映现代社会客观发展规律的公共服务法律规范对我国公共服务的实践发展具有非常重要的启发、借鉴意义。另一方面，我国的公共服务法律基础与我国的国家性质、政权组织形式及基本法律体系等密切相关，这就决定了我国的公共服务法治化进程中具有一些与西方迥然不同的特点，研究我国目前正进行中的公共服务实践具

^① 周旺生：《法理探索》，人民出版社，2005，第55页。

有同样的重要性。为此，对于公共服务理论的研究在借鉴西方经验的同时还应充分考虑我国的基本国情。

此外，由于公共服务涉及社会生活的方方面面，西方相关的法律规范极为烦琐；西方与我国在立法、司法制度方面存在较大区别；语言方面的障碍及需要交叉学科背景知识等因素使我国目前从法学角度对西方公共服务的研究非常少，即使有也多是涉及某一具体领域的些许论述，视野较为狭窄，或在内容上仅仅是面上的粗浅介绍；而相关研究者也多是法学领域的学者，缺乏公共管理方面的知识背景。事实上，公共服务法律制度与国家行政管理体制变革、政府职能转变密切相关。因此，以法学视角为主，结合公共管理学的视角研究公共服务的制度基础对于我国公共服务的理论与实践均具有重要的意义。

第二节 文献综述

一 国外文献综述

国外对于公共服务的研究主要体现在新公共管理运动和新公共服务理论之中，主要是建立在新公共管理政府改革的实践基础之上的。这些研究对于政府公共服务的改革和发展作出了富有才智的理论概括，为世界各国提供了理论上和实践上的范例。作为一种新型的公共行政理论，新公共管理是“管理主义理论”、“公共选择理论”、“交易成本理论”、“委托代理理论”等在公共部门加以运用后聚合而成的产物。陈振明教授将新公共管理的特征归纳为八个方面：让管理者进行管理、衡量业绩、产出控制、顾客至上、分散化、竞争机制引入、采用私人部门管理方式、管理者与政治家和公众关系的改变^①。在西方新公共管理运动中，先后涌现了一批富有成果的著名学者。比较著名的学者及代表作有澳大利亚学者欧文·休斯的《公共管理导论》、著名的企业家政府理论

^① 陈振明：《公共管理前沿》，福建人民出版社，2002，第58~61页。